Der Herausgabeanspruch des Vaters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Erich Wicht

Referendar in Halle (Saale)

Referent: Professor Dr. Raape

R. UNIV BIBLIOTHEEK LEIDEN

Auszug

Halle-Saale

1923

Einleitung: Der Zweck des Herausgabeanspruches nach römischem und heutigem Rechte.

Der Zweck des Herausgabeanspruches (HA.) ist zu unterscheiden von dem äußeren Erfolg: der Erlangung des Kindes. Im römischen Recht diente er der Stärkung der höchst egoistischen Gewaltstellung des Vaters; im BGB. ist er unerläßlich, dem Vater die Ausübung nicht nur der Rechte, sondern auch der Pflichten zu ermöglichen. Seine Geltendmachung kann Pflicht sein.

I. Abschnitt. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruches.

A. Die Voraussetzungen auf Seiten des Berechtigten.

I. Elterliche Gewalt und Sorge für die Person des Kindes.

Subjekt des Anspruches sind: der Vater, d. h. der eheliche Erzeuger; der uneheliche nach Erlangung der legitimatio per subsequens matrimonium und der pater adoptans, sofern diesem die Personensorge zusteht. Der Anspruch besteht also nicht gegen den Volljährigen § 1620, 4, bei Verwirkung der e. G. in den Fällen der §§ 1701, 1676 I ci. 1677, 1678. Bei Scheidung Regelung in §§ 1635, 1637.

II. Insbesondere zwei Fälle:

1. Der Herausgabeanspruch gegen die schuldig geschiedene, der Personensorge verlustige Ehefrau.

Der Anspruch besteht ohne vorherige vormundschaftsgerichtliche Anordnung.

2. Der Herausgabeanspruch im Falle des § 1633 BGB.

Er erlischt gegenüber der verheirateten Tochter. — Grundgedanke: Unerträglichkeit fremder Einmischung in die persönlichen Verhältnisse der Gatten — besteht bei nichtiger und aufgelöster Ehe. Regulativ § 4 II, 2 und Mißbrauchseinwand. Er versagt trotz §§ 1303, 1633 gegenüber dem minderjährigen, eine Ehe eingegangenen Sohn.

B. Die Voraussetzungen auf Seiten des Anspruchsgegners.

I. Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung.

1. Bedeutung der Widerrechtlichkeit; Beweislast entsprechend § 823.
2. Prüfung einzelner, im Gesetz begründeter Rechte auf ihre Eigenschaft als Rechtfertigungsgründe der Vorenthaltung.

Kein Rechtfertigungsgrund aus § 273 oder § 194. Im öffentlichen Recht sind Rechtfertigungsgründe die Amts- und Dienstpflichten.

3. Rechte aus Verträgen über die Personensorge als Rechtfertigungsgründe der Vorenthaltung.

Zu unterscheiden ist Rechtseinräumung unter Aufhebung des Elternrechts von der Ausübungsüberlassung.

a) Der Herausgabeanspruch bei vertraglichem Verzicht auf die Personensorge.

Unübertragbarkeit des subj. Familienrechtes ergibt sich aus der Pflicht zur e. G. Keine Gegenfolgerung möglich aus den übertragbaren Rechten mit inhaerentem Pflichtgehalt. Ueberflüssig bzw. falsch Begründungen mit § 138, öffentlich rechtlicher Natur der Familienrechte usw. Zufolge Nichtigkeit der Uebertragung Durchdringen des HA.

b) Der Herausgabeanspruch bei vertraglicher Ueberlassung zur Ausübung.

§ 1. Wesen derselben.

In aller Regel liegt nur Ausübungsüberlassung vor. Diese ist gültig. Gültig auch Einräumung eines Rechtes auf sie. Die entgegengesetzte h. M. beruht auf der falschen Ansicht, daß 1. Rechtseinräumung auf die Ausübungsüberlassung = Zuständigkeitsverlust, 2. die Pflicht zur e. G. nicht bindbares Recht zur jederzeitigen persönlichen Ausübung bedeute. Zu 1.:

Dieses Recht zerfällt jedoch in das lediglich obligatorische Recht auf die Ausübung und das hierdurch unwiderruflich eingeräumte Ermächtigungsrecht zur Einwirkung auf die Person des Kindes. Die e. G. der Zuständigkeit nach, insbesondere die Pflicht, bleibt unberührt. Zu 2.:

§ 2. Vertragliche Bindungsfähigkeit des Vaters trotz Pflicht zur Personensorge.

Die Pflicht ist komplementär nicht dem formellen Element des subj. Gewaltrechtes, sondern seinem materiellen Element, der Sorge für die Person des Kindes. Gemäß seinem Recht kann der Vater durch persönliche Erziehung oder Zuhilfenahme Dritter seine Sorge betätigen, braucht es aber nicht. Die Pflicht füllt lediglich diese Lücke aus, d. h. nicht auf eine bestimmte, sondern nur auf eine der möglichen Weisen muß der Vater sorgen. Pflicht ist nur ein generelles Erziehungsgebot.

§ 3. Grenzen der Bindungsfähigkeit.

Sie sind gezogen durch die Rücksicht auf das Wohl des Kindes (§ 1666) und durch Beschränkung des Ausübungsrechtes auf bestimmte Zeit oder bis zur Erreichung eines bestimmten Zweckes.

§ 4. Ergebnis.

Innerhalb dieser Grenzen berechtigt die vertragliche Ueberlassung zur Vorenthaltung und führt zur Abweisung der Klage.

II. Vorenthaltung.

1. Begriff. Kritik der Terminologie des BGB. unter Heranziehung des Begriffes der Passivlegitimation in § 985.
2. Einzelne Tatbestände unter Berücksichtigung der Rechtsprechung.

II. Abschnitt

Der Herausgabeanspruch gegen die getrennt lebende Ehefrau.

I. Der Anspruch gegen die mit Recht getrennt lebende Ehefrau.

Maßgebend für die Beurteilung ist die Regelung der Elternrechte zueinander.

1. Grundlegung: Das Verhältnis der Eltern zueinander nach § 1634 BGB.

Mögliche Regelungen: a) absolutes Uebergewicht eines Elternteiles, b) völlige Gleichstellung der Eltern unter Schaffung einer externen Instanz zur Regelung von Streitigkeiten, c) Gleichstellung der Eltern, jedoch Vermeidung einer externen und Schaffung einer internen Instanz durch Uebertragung der Entscheidung bei Streitfällen auf den Vater. Standpunkt des BGB. nicht der zu a), wie die h. M. annimmt, sondern der zu c). „Meinungsverschiedenheit" (§ 1634, 2) ist nicht Willens- sondern Ueberzeugungsverschiedenheit. Nur, wo bei pflichtgemäßer Auffassung „verschiedene" „Meinungen" über eine Sorgemaßregel möglich, gilt das Entscheidungsrecht, nicht dagegen, wenn die Meinung der Mutter unterdrückt, ihr Recht verletzt oder ausgeschaltet wird.

2. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Nach dem RG. ist — zufolge Ansicht vom absoluten Entscheidungsrecht des Vaters — der HA. nur mißbräuchlich, wenn 1. die Frau mit Recht getrennt lebt und 2. das Verlangen des Vaters mißbräuchlich ist. Der Milderungsversuch des RG. mit dem Mißbrauchseinwand aus § 1353 ist 1. falsch: nicht § 1353, II, sondern § 1634 entscheidet; mißbräuchliche Erhebung des HA. begründet einen Mangel im Tatbestand der § 1634, 2, da mangels einer „Meinungsverschiedenheit" kein Entscheidungsrecht des Vaters, 2. unzureichend, weil erniedrigend für die Mutter, 3. überflüssig, denn:

3. Die Schuld an der Störung der Erziehungsgemeinschaft = Kriterium für die Entscheidung über den HA.

Störung der ehelichen Lebensgemeinschaft zugleich Störung der räumlichen Erziehungsgemeinschaft der Eltern. Das Herausgabeverlangen des hieran schuldigen Vaters bedeutet, da räumliche Nähe mit dem Kind wichtigste Erziehungsvoraussetzung, nicht eine „Meinungsverschiedenheit", sondern Verletzung des mütterlichen Sorgerechtes; daher kein Entscheidungsrecht des Vaters. Die Erziehungsgemeinschaft steht und fällt mit der räumlichen Gemeinschaft, wird daher durch Lösung der Ehe dem Rechte nach nicht schlimmer betroffen, als

durch tatsächliches Getrenntleben. Wie nach BGB. Scheidungsschuld zugleich als Schuld an Störung der Erziehungsgemeinschaft maßgebend für Zuweisung der Kinder, so muß dieser Grundsatz für tatsächliehe Trennung gelten mit der Maßgabe: Störung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Ergebnis der Ehetrennung dem Rechte nach führt zum Verlust der Personensorge des schuldigen Teiles dem Rechte nach; Störung mit dem Ergebnis der tatsächl.chen Trennung führt zum Verlust derselben den Tatsachen nach: das geschieht durch Abweisung des HA. des schuldigen Vaters.

II. Der Herausgabeanspruch gegen die ohne Recht getrennt lebende Ehefrau bei Vorliegen eines Vertrages mit derselben über die Personensorge.

Bindungsfähigkeit der e. G. des Vaters wie zuvor; Fortfall der Schranken: bestimmte Zeit und bestimmter Zweck.

III. Abschnitt. Das Nebeneinander von Vormundschafts- und Prozessgericht.

I. Die Einwirkung von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und einstweiligen Verfügungen des Eherichters gemäss § 627 ZPO. auf den HA.

Anordnungen des Vormundschaftsgerichts haben gestaltende Kraft und sind vom Prozeßrichter der Entscheidung über den HA. zu Grunde zu legen, ob endgültiger oder vorläufiger Art, ob vor oder nach Klageerhebung ergangen. Vormundschaftsgerichtliche Anordnung bricht eherichterliche Verfügung aus § 627.

II. Darf die im Herausgabeprozess vorgebrachte Einwendung: die Geltendmachung der HA. bedeute einen Missbrauch der e. G. des Vaters von dem Prozessrichter beachtet werden?

Die mit Rücksicht auf § 1666 und das konstitutive Eingriffsrecht nur des Vormundschaftsgerichts verneinende h. M. beruht auf Verkennung 1. des Wesens des Sorgerechtes, 2. der Tatbestandsformulierung des § 1632. Zu 1.: Eine ihrem immanenten Zweck entfremdete Willensmacht ergibt eine nur formelle Trägerschaft der Rechtes-Zuständigkeit in abstracto. Es fehlt aber die Zuständigkeit in concreto, da der an sich Berechtigte tut, wozu er nicht berechtigt. Diese rein deklarative Feststellung gehört zur Tätigkeit des Prozeßgerichtes. Da die zum Zwecke der „Sorge" verliehene Willensmacht mißbräuchliche Handlungen nicht deckt, ist der Mißbrauchseinwand vom Prozeßgericht zu beachten. Das vormundschaftsgerichtliche Monopol (§ 1666), auf Grund des gleichen Tatbestandes gestaltend einzugreifen, bleibt unangetastet. Zu 2.: Geltung der Pflicht, trotz Nichterwähnung, und damit der immanenten Schranken der e. G. auch für § 1632. Das ergibt Kritik der Terminologie der §§ 1627—32 und I. Abschn. B I 3b § 3 Ergebnis: Mißbrauchseinwand vom Prozeßgericht zu beachten, der HA. abzuweisen. — Innerer Zusammenhang der Mißbrauchseinwände 1. des Entscheidungsrechtes § 1634, I, 2; 2. des Sorgerechtes.

III. Einfluss eines gegen den Vater wegen Entziehung der Personensorge vor dem Vormundschaftsgericht noch schwebenden Verfahrens auf den Herausgebeprozess.

Der Satz der h. M.: Unabhängigigkeit des Prozeßgerichts von einer bevorstehenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts ist falsch. Kriterium ist nicht „die Verschiedenheit des Verfahrens und der verfolgten Ziele" (h. M.) sondern die Einheit des Tatbestandes. Die zwiefache Instanz ist Folge nicht nur einer Trennung nach Gegenständen, sondern besonders einer Trennung nach Tatbeständen; denn die — gesetzestechnische — Regel ist: ein Tatbestand, der nur einer von beiden Instanzen unterfällt. Löst aber ein Tatbestand beide Zuständigkeiten aus, so tritt eine Teilung derselben in den einheitlichen Tatbestand nur nach Gegenständen ein. Die Tatbestandseinheit wird von der nur durch den logisch juristischen Erkenntnisvorgang geforderten, also ideellen Zerlegung des Tatbestandes in zwei Fragen, nicht berührt. Daher Aussetzungspflicht des Prozeßgerichtes. Entgegen der h. M. § 148 ZPO. nicht anwendbar.

Ostdeutsche Druckerei und Verlagsanstalt (Inh.: Otto Jung) Halle-Saale, Barfüßerstraße 14